



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

Facultad de Ciencias Jurídicas

Monografía para optar al título de Especialista en Derecho de Seguros

Análisis Jurisprudencial

Cláusula de Garantía en el Contrato de Seguro

Autor:

Rafael Andrés Vélez Peñarete

Bogotá, septiembre de 2011

INTRODUCCIÓN

El presente escrito contiene una línea jurisprudencial en donde se analizarán los efectos de la inserción de una cláusula de garantías en el contrato de seguro, la posición y tendencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia respecto al tema, enfocándome en la forma en que estas son pactadas, su clases, y las diversas consecuencias jurídicas que genera su incumplimiento para las partes integrantes del contrato de seguro.

Se tendrán como base fundamental, las sentencias asignadas para su respectivo análisis, junto con la tendencia de otros fallos judiciales o arbitrales que desarrollen la garantía en alguno de sus varios matices. Se expondrán posiciones doctrinarias en el mismo sentido, con el ánimo de reforzar la posición actual en la legislación de seguros con base en la estipulación de dicha figura, con las apreciaciones del autor sobre cada argumento expuesto en las diferentes fuentes del derecho citadas, apoyándolas o disintiendo de las mismas, pero siempre con soportes normativos que soporten tales consideraciones.

Para tales efectos, los fallos se analizarán de una manera cronológica ascendente en el tiempo, para que se pueda evidenciar la tendencia interpretativa y regulatoria de la Corte durante los últimos años.

METODOLOGIA

La metodología empleada en el presente análisis, es consecuente con los parámetros establecidos para trabajos de análisis jurisprudencial de la Pontificia Universidad Javeriana, haciendo en primer lugar, una reseña del caso, seguido de un resumen de los hechos que fundamentaron el litigio, el problema jurídico extractado de la parte motiva de cada fallo, las respectivas decisiones de primera y segunda instancia, los argumentos y decisión del fallo recurrido, los argumentos del censor expuestos en el recurso extraordinario de casación, las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia y su consecuente decisión, para finalmente concluir con la crítica personal del autor.

Cada sentencia se analizará por separado ceñidos a los parámetros arriba descritos, para culminar con un compilado general de criterios jurisprudenciales, doctrinarios y personales, donde se abarcaran aspectos tocantes a lo analizado previamente, con el ingrediente adicional que se abarcarán aspectos no desarrollados, o desarrollados superficialmente en las sentencias, para así tener un estudio íntegro de la reglamentación e implicaciones de la cláusula de garantía pactada en el contrato de seguro

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

CLAUSULA DE GARANTÍA EN EL CONTRATO DE SEGUROS

I. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Febrero 02 de 2001

Referencia – 5670

Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Recurso de Casación interpuesto por Seguros del Caribe S.A., llamada en garantía, contra la sentencia proferida el 31 de enero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en proceso ordinario promovido por INVERSIONES VELAR LTDA contra la sociedad NACIONAL DE DECORACION Y CONSTRUCCIÓN LTDA – Naldecon Ltda - .

HECHOS

1. Entre demandante y demandada se celebró contrato de suministro el 21 de julio de 1988 por duración de un año, en virtud del cual la segunda se obligó a suministrar al demandante, materiales de construcción hasta por la suma de \$ 45.292.200, precio que debería ser pagado a Naldecon Ltda el 5 de julio del mismo año, fecha en la cual daba inicio el contrato, en tanto Inversiones Velar Ltda se obligó a pagar en dinero dicha valor, transcurridos 90 días hábiles después del pago, además de presentar el programa en la forma en cómo debían efectuarse los suministros de los materiales.
2. El demandante, para efectos de cumplir con su obligación pactada, transfirió en dación en pago al demandando por medio de escritura pública, cuatro apartamentos con sus correspondientes garajes, ubicados en el Edificio Atalanta en la ciudad de Cali, de los cuales este era su titular.
3. En la escritura aludida, las partes se celebraron contrato de compraventa, pero en realidad se trataba de una dación en pago para hacer efectivo el pago al cual estaba obligado el demandante, existiendo por ello una clara simulación del precio, pues en dicho contrato de consignó como valor de los inmuebles la suma de \$ 35.500.000, pese a que en realidad, lo que se hizo fue cancelar la obligación de pagar el precio del suministro de los materiales, pactado en \$ 45.292.200.
4. Pese haberse cumplido la obligación por parte de Inversiones Velar Ltda de pagarse el precio pactado, Naldecon Ltda nunca realizó la entrega de los materiales de construcción objeto del contrato de suministro, siendo que el demandante hizo

entrega oportuna y en reiteradas ocasiones, la entrega del programa de suministros, según lo convenido.

5. Con base en incumplimiento mencionado, Inversiones Velar Ltda en su demanda, incoó como pretensiones las siguientes:
 - Declarar que entre las sociedades demandante y demandada, se celebró contrato de suministro con las condiciones ya referidas al inicio del análisis.
 - Declara que el contrato de compraventa realizado mediante escritura pública, por el cual Inversiones Velar Ltda transfirió el derecho de dominio a Naldecon Ltda de cuatro apartamentos del Edificio Atalanta en la ciudad de Cali, es simulado relativamente en cuanto no fue, lo que en el contrato se consignó, una compraventa, sino una dación en pago para dar cumplimiento a lo que en virtud del contrato de suministro se obligó, es decir, a cancelar el calor de los materiales.
 - Declara que el demandado incumplió el contrato de suministro renombrado, al no haber hecho entrega de los materiales a los cuales se obligó a suministrar, previa cancelación del dinero, en este caso la dación en pago de los inmuebles, obligación última que si fue satisfecha.
 - Declarar la resolución del contrato de suministro por incumplimiento de la sociedad demandada, y en consecuencia condenar a Naldecon Ltda a restituir la suma de \$ 45.292.200, así como los intereses moratorios contados desde el 25 de julio de 1988, fecha en la que se registró la escritura pública en donde se transfirió el derecho de dominio de los inmuebles.
6. Por su parte a las pretensiones de la demanda, la parte demandante negó el incumplimiento del contrato de suministro, basando sus excepciones en que Inversiones Velar Ltda no presentó oportunamente el programa de suministros a que se encontraba obligado.
7. En la demanda así como su contestación, se llamó en garantía a la Compañía Aseguradora Seguros Caribe S.A. como garante del contrato de suministro, al haberse suscrito póliza de cumplimiento entre esta y las sociedades demandante y demandada, donde esta ultima figuraba como afianzada, para que aquella reembolsara la totalidad de las sumas adeudadas a Inversiones Velar Ltda.
8. La Entidad Aseguradora en la contestación del llamamiento en garantía, se opuso tanto a las pretensiones de la demanda, como a las excepciones del demandando, así como al mismo llamamiento.

PROBLEMA JURIDICO

Encuentro tres problemas jurídicos en el estudio de fondo de la sentencia, dos directamente relacionados con el objeto del tema tratado en el presente análisis, es decir, con relación al incumplimiento de las garantías en el contrato de seguro, y el otro, relacionado con los argumentos tratados en la parte motiva de la sentencia que dan sustento al sentido del fallo.

1. La dación en pago en si misma debe considerarse como una novación al contrato original o prístino, o debe constituirse en una forma de extinción de las obligaciones como medio de pago, sin nacer a la vida jurídica otra obligación contractual posterior, cuando la figura es utilizada para modificar las obligaciones contractuales pactadas desde sus inicios, para efectos de extinguirlas.
2. La Aseguradora que suscribe pólizas de cumplimiento con cláusulas de garantía de imposibilidad de modificación del contrato afianzado sin su previa aquiescencia, puede excusar el no pago de la indemnización, cuando el contrató se modificó por la parte beneficiaria de la póliza para efectos de cumplir su obligación, siendo que la cláusula se extendió en función de la obligación garantizada del tomador de la póliza.
3. La exigencia de fallo ejecutoriado que decrete el incumplimiento del contrato afianzado y establezca ese instante como nacimiento de la obligación de indemnización del asegurador, limita la libertar probatoria del tomador, asegurado y beneficiario de la póliza y va en contravía de la ley mercantil, haciendo que la cláusula sea ineficaz por ser abusiva, restrictiva o vejatoria?

FALLOS DE INSTANCIA

El Juez de primea instancia declara la existencia del contrato de suministro; reconoció el pago del demandante mediante dación en pago de los inmueble; declaró que la demandada incumplió su obligación contractual, y por ende condenó a la Aseguradora garante del contrato de suministro, a la restitución de la suma de \$ 45.292.200 y al pago de los intereses de mora contados liquidados desde el 5 de julio de 1989 hasta el pago total de la suma adeudada.

Por su parte, el Tribunal en sede de Segunda instancia, previa interposición del recurso de apelación por parte de la Compañía de Seguros, confirmó el fallo del *aquo*.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Como primera premisa, manifiesta el Tribunal que al no haberse cuestionado en el recurso de apelación, lo tocante con el reconocimiento del contrato de seguro, la dación en pago contenida en escritura pública, la declaración de incumplimiento por parte de Naldecon Ltda del contrato de suministro, ni la resolución del contrato declarada, no se pronunciará al respecto pues estas al no haber sido impugnadas, cobraron ejecutoria.

Ratifica la posición del Juez de primera instancia, sosteniendo que se encuentra conforme a derecho la decisión de devolver lo pagado, pues la contraprestación pactada en el contrato de suministro consistió en el pago de una suma de dinero y no en la tradición de unos bienes inmuebles, razón por la cual no hay lugar a sostener precedente la restitución de dichos bienes, además de constituir este hecho una clara desmejora patrimonial del demandante, al no recibir la contraprestación correspondiente.

También se pronuncia el Tribunal sobre la declaración de responsabilidad que la Aseguradora asevera, en el entendido que esta manifiesta que existió incumplimiento del contrato de seguros suscrito, mientras aquel sostiene que la declaratoria de responsabilidad no se predica del incumplimiento del contrato de seguros, sino sobre el contrato de suministro, saliendo a relucir la situación obligacional que se imputa a la Compañía de seguros en virtud la póliza contratada, máxime cuando dicha declaración no fue atacada en el recurso de apelación, y por tanto debe responderse por el valor adeudado, a título de garante contractual.

Agrega también el sentenciador, que no consiente la afirmación de la aseguradora, al esta enfatizar en que no hubo incumplimiento del contrato, pues en este se dice expresamente que hasta tanto no exista sentencia que imponga dicho pago, nace su obligación de indemnización, pues aclara el Tribunal que la jurisprudencia y doctrina son claras al establecer que esta obligación surge a la vida jurídica tan pronto se formalice la reclamación, de acuerdo al artículo 1077 de nuestro Estatuto Mercantil.

Como consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior, juzgador condena también al pago de los intereses a una tasa del 18% anual, de acuerdo a la normatividad aplicable al momento de ocurrencia del siniestro.

RECURSO DE CASACIÓN

Dos cargos son formulados contra la sentencia del tribunal en casación, ambos invocando la causal primera, en las cuales se considera lo siguiente:

Cargo Primero

Se acusa a la sentencia de ser violatoria por la vía directa de los artículos 1544. 1607 del Código Civil y 822, 1060 y 1077 del Código de Comercio, por falta de aplicación, y al 1617 del Código Civil por aplicación indebida.

En este cargo únicamente se ataca la afirmación del Tribunal cuando manifiesta que es perfectamente válido que se disponga la restitución de la suma por cuya equivalencia se restituyeron los bienes, lo que según el recurrente va en contravía de lo dispuesto en el artículo 1544 del Código Civil, al este consagrar que una vez cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiese recibido bajo tal condición. Para este punto y de acuerdo a lo expresado, también se censuró el cobreo de los intereses a los cuales condenó el sentenciador, al sostener que con la restitución de los inmuebles la demandante quedaba perfectamente indemne, ya que los recibiría valorizados.

Cargo Segundo

Falta de aplicación de los artículos 1047 y 1061 del Código de Comercio y 882 y 1602 del Código Civil por falta de aplicación, e indebida aplicación del artículo 1080 del Código de Comercio.

En síntesis en este cargo, el recurrente manifiesta que el tribunal incurrió en dos errores de hecho al no tenerse en cuenta 2 cláusulas del contrato de seguro:

La primera, a la cláusula de garantía contemplada en las condiciones generales de la póliza, donde se establece que el tomador en ningún momento durante la vigencia del seguro, podría realizar modificaciones al contrato afianzado por la póliza de cumplimiento, sin el consentimiento previo de ella, so pena de terminar el contrato desde el momento de su infracción, es decir, desde el momento de la introducción de la modificación. Situación esta que a pesar que se dio por sentada, se obvió la aplicación de la garantía y su respectiva consecuencia contractual y legal.

La segunda disposición contractual no tenida en cuenta por el Tribunal, también pactada en las condiciones generales de la póliza, fue la referente a que el pago de la indemnización sería procedente, después de la ejecutoria del fallo judicial que declarase el incumplimiento, y remitida copia auténtica del mismo a Seguros Caribe S.A, oportunidad a partir de la cual nacía la obligación de la pago de esta, motivo por el cual se cometió un yerro de facto por el Juzgador, al condenar al cobro de intereses desde la fecha en que se formalizó la reclamación, siendo que no existió mora en el pago de misma, al no existir sentencia ejecutoriada que la obligase.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La corte, al examinar el cargo primero como fundamento de la casación, encuentra que el argumento expuesto por el demandante es coherente y razonable, además de ir conforme a la ley, respecto de haberse decretado la resolución del contrato y devolver las cosas al estado anterior, es decir, restituir los bienes traspasados en dación en pago, para que así el demandante quedase indemne. Sin embargo, sin perjuicio de lo expuesto, el alto tribunal no se acoge a lo expuesto en el cargo, sosteniendo que cuando se atacan los argumentos expuestos por el tribunal, debe hacerse no simplemente de manera enunciativa, desarrollando una tesis y exponerla al sentenciador, sino que lo expuesto debe ir aparejado del ingrediente probatorio, para efectos de lograr resquebrajar la cadena argumentativa y probatoria del Tribuna, logrando que el cargo propuesto prospere. En ese sentido, la Corte sostuvo lo siguiente en su sentencia, confirmando lo expuesto:

“...En efecto, para atender idónea la carga de demostración que le impone este recurso extraordinario al recurrente, es insuficiente limitarse a esbozar o delinear el supuesto yerro en que habría incurrido el juzgador, siendo necesario que se acredite cabalmente, esto es, que se presente a la Corte no como una mera opinión divergente de la del sentenciador, por atinada o versada que resulte, sino como corolario de una evidencia que, por sí solo, retumbe en el proceso...”

Para el segundo cargo, la Corte empieza sosteniendo que el tribunal tampoco erró en la interpretación de la cláusula, toda vez que la dación en pago no hace mutar el contrato y las obligaciones que se desprendieron del contrato de suministro, por lo que no se sustituyó de raíz la obligación originaria, que le dieron sustento y justificación al contrato.

Además de lo anterior, dicha Corporación hace un análisis de los efectos en la dación en pago, y la opinión en la doctrina históricamente. Advirtiendo, que en el pasado, la dación en pago era tratada como una novación, es decir, que acarrea la extinción del contrato anterior, y el nacimiento de nuevas obligaciones para las partes, existiendo en ese sentido una modificación clara del contrato prístino celebrado. Sin embargo, bajo el corolario de la nueva tendencia doctrinaria, la dación en pago es mirada desde el punto de vista de un modo de extinción de las obligaciones, que finiquita los vínculos obligacionales, sin generar nuevas ataduras, siendo un mecanismo que sustituye la ejecución de la obligación primigenia, máxime cuando ambas partes han accedido su aceptación.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte resalta que, de aceptarse la tesis de la modificación del contrato de suministro con la dación en pago, esta situación tampoco acarrearía como consecuencia el incumplimiento de la garantía, toda vez que esta va dirigida a la no modificación las obligaciones a cargo del afianzado, es decir, aquellas cuyo cumplimiento se garantizó, en este caso, las nacidas para la sociedad Naldecóm Ltda de suministrar los materiales de construcción a Inversiones Velar Ltda, pues la garantía, de ordinario, se pacta y concibe en función de la obligación garantizada.

Por consiguiente, se considera que objetivamente no hubo modificación del contrato de suministro en sí mismo, concretamente en lo que atañe al debito a cargo del demandado, parte suministrante del contrato, y así mismo afianzada en virtud de la póliza de cumplimiento en comento, al esta fungir como tomadora del seguro, no existiendo en ese orden de ideas, incumplimiento de la garantí pactada.

Con el mismo propósito, pasa a analizar el sentenciador el segundo ingrediente propugnado en el segundo cargo, en lo atiente a la vulneración de lo pactado en las condiciones contractuales de la póliza, más exactamente a la cláusula incluida en su condicionado general, donde se establece que la indemnización a cargo de la Aseguradora solo estará a su cargo, una vez sea allegado copia auténtica del fallo judicial o laudo arbitral ejecutoriado que declare el incumplimiento del contrato afianzado.

Al respecto, la Sala estimó que el sentenciador de segundo grado no se equivocó en el juicio realizado, ni dejó de estimar la nombrada cláusula, sino que por el contrario estuvo acertada su decisión, al considerar que el momento del nacimiento de la obligación para la Compañía de Seguros, fue el instante en el cual el asegurado o beneficiario de la póliza, en concordancia con los artículos 1077 y 1080 de Código de Comercio, demostraron la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, judicial o extrajudicialmente.

Según lo expuesto, la Corte añade que además de las precisiones hechas por el tribunal, este tipo de cláusulas restrictivas y abusivas, deben tomarse por no escritas, pues vulnerar de forma notoria y directa los artículos mencionados en el párrafo precedente, al ser estos de carácter imperativo según su naturaleza, y solo poder modificarse en beneficio del tomador, asegurado o beneficiario, en concordancia con lo previsto por el artículo 1162 de nuestro Estatuto Mercantil.

Ahora bien, teniendo claro que dicha cláusula fue considerada como abusiva, restrictiva, vejatoria o leonina, y que la aseguradora abuso de su derecho y de su posición dominante, vulnerando el equilibrio del contrato y los derechos del consumidor financiero, pasa la Corte a examinar lo tocante con la condena de los intereses moratorios a favor del demandante, donde finalmente expone lo siguiente:

El sentenciador de último grado, puntualiza sobre la tasa de interés que debe reconocer le Compañía Aseguradora a favor de la sociedad demandante, por el no pago oportuno del siniestro, una vez formalizada la reclamación, haciendo alusión a que el Tribunal en este punto cometió un yerro en la aplicación de esta tasa de interés, pues solo aplicó la tasa consagrada al momento de la ocurrencia del siniestro y hasta el instante de la sentencia, olvidando que durante ese interregno, hubo tránsito de legislaciones, al entrar a regir una nueva Ley en materia de intereses, siendo lo apropiado, calcular con base en la tasa

antigua los intereses del periodo anterior al tránsito referido, mientras que los devengados con posterioridad a esa misma fecha, se determinarán y calcularán con la nueva tasa.

DECISIÓN

La Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, según lo expuesto, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, y recurrida por la llamada en garantía, Seguros del Caribe S.A..

CRITICA PERSONAL

Esta sentencia, hace alusión a un punto muy relevante en materia de seguro, y no solamente respecto a la cláusula de garantía, pues saca a relucir una realidad del diario vivir en el mercado asegurador, y las violaciones continuas a los derechos del consumidor financiero, mediante la imposición de cláusulas abusivas o vejatorias, abusando de su posición dominante y violando así el equilibrio del contrato. En ese sentido, cabe resaltar las disposiciones y prohibiciones que se hacen en materia de cláusulas y prácticas abusivas y restrictivas, a las cuales están sujetas las entidades financieras, de las cuales hacen parte las Compañías de Seguros.

Así las cosas, la Ley 1328 de 2009 y la reciente circular externa 039 de 2011 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual adiciona el numeral 10 “Cláusulas y prácticas abusivas” al Capítulo Sexto del Título I de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996), establecen las cláusulas abusivas en las cuales las aseguradoras deben abstenerse de incluirlas en los contratos de seguros celebrados, obrando conforme a derecho. A continuación se enunciarán las cláusulas abusivas que por ley no pueden extenderse, de acuerdo a la Circular Básica Jurídica, numeral 10, sabiendo que si bien este tema no tiene relación directa con el tema sujeto de análisis, se enuncia para efectos de sustentar la tesis expuesta por la Corte, a mi manera de ver correcta, la cual es la que viene a sentar precedente, resolviendo exhaustivamente el problema jurídico, y muchas situaciones de facto existentes en el mercado asegurador.

“10.1. Cláusulas abusivas

Salvo que exista autorización legal para incorporar este tipo de cláusulas en los contratos, son abusivas de acuerdo con lo previsto por la Ley 1328 de 2009, las siguientes cláusulas:

10.1.1. Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero.

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

- a) *Cláusulas que invierten la carga de la prueba y eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas, tales como:*
- *Las que imponen al consumidor financiero asumir de manera anticipada toda la responsabilidad derivada del uso de los diferentes instrumentos para la realización de operaciones (tarjetas débito, crédito, talonarios, dispositivos móviles, entre otros), así como por cualquier falsedad, adulteración, extravío o uso indebido que de ellos se haga por éstos o por un tercero.*
 - *Las que obligan al consumidor financiero a certificar que se encuentra en un computador seguro.*
 - *Las que hacen que el consumidor financiero asuma toda responsabilidad por cualquier operación realizada con la clave asignada, cuando el perjuicio a que haya lugar sea consecuencia del mal uso de la misma por parte de la entidad vigilada.*
 - *Las que expresen que la entidad no se hace responsable por los virus, programas fraudulentos o cualquier exposición no autorizada o ilícita del servicio que de cualquier manera pueda afectar la confidencialidad o integridad de la información presentada.*
 - *Las que establecen que los consumidores financieros no tendrán la posibilidad de controvertir las pruebas que aporte la entidad vigilada en su contra, en caso de existir objeción a transacciones, limitando el ejercicio de su derecho de defensa.*
 - *Las que eximen de todo tipo de responsabilidad a la entidad vigilada por los errores u omisiones de cualquier clase que puedan producirse en la realización de las operaciones.*
 - *Las que establecen que la entidad no será responsable por los daños o perjuicios derivados del acceso, uso o mala utilización de los contenidos de sus respectivas páginas de internet, ni de las posibles discrepancias que puedan surgir entre la versión de sus documentos impresos y la versión electrónica de los mismos publicados en la web.*
 - *Las que disponen que la entidad vigilada no garantiza que su sitio web ni que el acceso a este sea libre de errores, o que el servicio o el servidor estén libres de virus u otros agentes nocivos, programas fraudulentos que de cualquier manera puedan afectar la confidencialidad o integridad de la información.*
 - *Las que establecen que la entidad vigilada no responderá por la exactitud, veracidad, oportunidad e integridad de la información contenida en sus respectivos sitios web.*
 - *Las que eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas por el desembolso de depósitos a terceros no autorizados o por el pago de cheques falsos.*
 - *Las que establecen que la entidad vigilada no será responsable por los retiros realizados con documentación adulterada, falsificada o indebidamente diligenciada.*

b) *Cláusulas que autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, salvo que se encuentren autorizadas por la ley, tales como:*

- *Solamente en aquellos eventos en que la ley exija el consentimiento previo y expreso de los consumidores financieros, serán abusivas aquellas cláusulas que permitan a las entidades vigiladas la modificación de los términos y condiciones del contrato, de manera unilateral y sin contar con la aquiescencia de aquellos.*
- *Las que autorizan a los intermediarios de valores la realización de operaciones sin que medie una instrucción previa y expresa de los consumidores financieros, cuando esta se requiera.*
- *Las que señalan un plazo determinado para que el consumidor financiero se pronuncie respecto del contenido de los extractos, y si este no lo objetare, se entenderán aceptadas las operaciones allí incluidas.*
- *Las que facultan a las entidades vigiladas para modificar unilateralmente las condiciones de uso de las tarjetas de crédito: inviertan el tipo o modalidad de consumo, cambien el plazo establecido por el cliente o la tasa de interés pactada.*
- *Las que autorizan a la entidad vigilada a disminuir el monto de las líneas de crédito, sin que exista un análisis previo de riesgos ni se informe de manera previa y expresa al consumidor financiero.*

10.1.2. Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

a) *Cláusulas que desconocen el derecho de defensa de los consumidores financieros, tales como:*

- *Las que estipulan que el consumidor financiero no podrá oponer defensa alguna o que limiten los medios probatorios.*
- *Las que impongan la obligación de utilizar de manera exclusiva un determinado mecanismo alternativo de solución de conflictos para resolver las controversias entre consumidores financieros y entidades vigiladas.*
- *Las que impidan a los consumidores financieros solicitar el pago de perjuicios o pedir la terminación o resolución del contrato, en caso de incumplimiento en las obligaciones por parte de la entidad vigilada.*
- *Las que imponen al consumidor financiero la aceptación de plazos para efectuar reclamaciones en perjuicio de aquéllos establecidos en la ley.*

b) *Las que obligan a los consumidores financieros a contratar un determinado producto o servicio o con una persona específica, tales como:*

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

- *Las que impongan directa o indirectamente al consumidor financiero la designación del notario que documentará el servicio proveído o el crédito que se le otorgue.*
- *Las que establezcan la compañía con la que el consumidor financiero debe contratar los seguros exigidos como condición del crédito.*
- *Las que facultan a las entidades vigiladas a contratar o renovar, por cuenta del deudor, las pólizas de seguros sobre los bienes en garantía de un crédito, sin que este haya tenido la posibilidad de escoger la entidad aseguradora.*

10.2. Otras cláusulas abusivas

- a) *Cláusulas que autorizan a la entidad vigilada para cobrar por servicios no prestados por el cumplimiento de las prestaciones propias del contrato que no impliquen un servicio adicional.*

Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

- *Las que autorizan a las entidades aseguradoras para cobrar al consumidor financiero por efectuar el pago del siniestro.*
- *Las que facultan a las entidades vigiladas para cobrar a sus deudores por recibir el pago de sus créditos.*
- *Las que disponen que las entidades vigiladas podrán realizar cobros por concepto de gastos de cobranza de manera automática y sin realizar gestión alguna encaminada a realizar dicha labor.*
- *Las que establecen que el hecho de que la cuenta de cobro no le haya sido enviada al consumidor financiero, no lo releva de efectuar el pago en la oportunidad convenida, salvo que se trate de créditos respecto de los cuales el monto y la fecha se hubiere determinado de manera previa y expresa con exactitud ”.*

Como puede observarse de la normatividad transcrita de manera precedente, es claro que la Corte hizo un análisis exhaustivo de la legislación del momento, pues si bien lo enunciado para ese momento no tenía vigencia, si se hace alusión a legislación comparada, a la ley colombiana 142 de 1094 referente a los contratos de prestación de servicios públicos, al Código de Comercio, y al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) vigente en dicha época, donde también se proclamaba por las buenas prácticas, y donde también se calificaba de abusivas a las cláusulas que restringen la libertad probatoria del Consumidor financiero, siendo hoy en día la Ley 1328 de 2009 y la Circular Básica Jurídica, las normas que vienen a compilar en un solo cuerpo, estos comportamientos abusivos ejercidos por las compañías del sector financiero, en contravención de los intereses del usuario del sector.

Lo anterior resalta una importancia de enorme envergadura, en la actual tendencia normativa para garantizar la protección de los derechos del consumidor, pues genera tranquilidad en los usuarios del aquel sistema, al contratar una póliza de seguros, sabiendo que las cláusulas impuestas unilateralmente, y limitatorias de sus derechos, deberán tomarse como no escritas, es decir, como si nunca si hubiesen extendido, o nulas de pleno derecho según otro sector de la doctrina, discusión esta que lamentablemente no nos compete en el presente estudio de la garantía y los efectos de su incumplimiento.

Ahora bien, ya respecto a lo que a garantías se refiere, tenemos que en la sentencia se invoca la necesidad de que ésta, así como cualquier disposición o cláusula incluida dentro del contrato de seguro o sus anexos, debe ser redactada conforme a las normas de protección al consumidor financiero, sin que de su texto se pueda colegir que se está haciendo uso de las ya renombradas cláusulas abusivas, so pena de que ésta no sea tenida en cuenta, y en consecuencia, tampoco exigirse la obligación de hacer o no hacer del tomador o asegurado contemplada en su contenido.

Finalmente solo me cabe mencionar, que la jurisprudencia *sub-examine* es del año 2001, y ya para esa época existían tales pronunciamientos de cara a proteger los intereses del consumidor, parte débil de la relación contractual, siendo que en la actualidad, ya encontramos basta legislación sobre la materia, proteccionista de dichos intereses, y rígida en el momento de su aplicación por la Justicia Ordinaria y los respectivos entes de vigilancia y control.

II. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Noviembre 19 de 2001

Referencia – 5978

Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles

Recurso extraordinario de Casación interpuesto por la parte demandada contra sentencia de noviembre 17 de 1995 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario adelantado por EXPRESO CARTAGO LTDA contra CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES.

HECHOS

1. El demandante suscribió póliza automática de mercancías con la Compañía de seguros CONDOR S.A., en donde se garantizó el transporte de mercancías concerniente a 1.888 cajas de pilas Eveready, del trayecto que cubre la vía que de San Gil conduce a Bucaramanga, transportadas en una tractomula de configuración C3S3, con peso bruto de 52 toneladas, despachada por la empresa transportadora EXPRESO CARTAGO LTDA.
2. Durante dicho trayecto, el vehículo transportador sufre accidente en la curva el indio Pescadero, donde se cauda la pérdida de la totalidad de la mercancía transportada, cuyo generador y dueño de las mercancías era EVEREADY DE COLOMBIA S.A., quien había celebrado contrato de comisión de transporte con la Empresa Transportadora, para conducir la mercancía desde la ciudad de Santiago de Cali a la ciudad de Cúcuta.
3. Una vez presentada la reclamación del siniestro a CONDOR S.A. para el pago de la indemnización de la pérdida de la mercancía, esta es objetada seria y fundadamente, argumentando que la empresa de transportes, había incumplido una garantía pactada en la póliza de seguros, la cual predicaba el deber del transportador, de no sobrepasar el peso de carga permitida para ese tipo de vehículo, so pena de aplicarse la sanción predicada en el código por incumplimiento de la cláusula de garantía, sobrecarga que según el ente asegurador acaeció, al haberse transportado una mercancía de 37 toneladas, teniendo capacidad el automotor de cargar tan solo 30 toneladas.
4. El asegurado, inconforme con tal decisión, decide iniciar acción judicial en contra de la Compañía de seguros, pretendido el pago de la indemnización concerniente al pago total de la mercancía junto con los interés de mora por el retardo en el cumplimiento, por considerar que nunca se contravino la cláusula de garantía, en el sentido que el vehículo transportador se ajustó a la normatividad de capacidad de

carga, de acuerdo al certificado del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, quien determinó que el límite de peso y dimensión del vehículo de carga para operaciones normales dentro de las carreteras del país, era de 52 toneladas, teniendo en cuenta que las especificaciones de la tractomula.

5. A su turno, notificada la demanda al ente asegurador, en ejercicio de su derecho de defensa, propone como excepciones la de prescripción de las acciones, y la de incumplimiento de la garantía de sobrecarga, basándose en certificación expedida por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle del Cauca, donde se evidencia que la mercancía tenía un peso equivalente a 37 toneladas, y la carta de propiedad del vehículo permitía un máximo de 30.

PROBLEMA JURÍDICO

Puede infringirse la cláusula de garantía pactada en el contrato de seguro, dentro del acápite de garantías, escudándose en que esta fue redactada sin la intención inequívoca de otorgarla, vulnerándose la facultad del ente asegurador de limitación y asunción del riesgo, así como lo estipulado en el Código Civil donde se consagra la premisa que hace alusión a que “el contrato es ley para las partes”, violándose el principio de *pacta sunt servanda*.

FALLOS DE INSTANCIA

El juez de prima instancia mediante sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, se acoge a las excepciones propuestas por el demandado, providencia que en sede del Tribunal, es revocada, condenado a la parte demandada al pago de la indemnización pactada en la póliza de seguro, por no encontrar probadas las excepciones incoadas.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

En sede de segunda instancia, encuentra responsable a la parte demandada de incumplir las obligaciones asumidas en virtud de la suscripción de póliza automática de transporte de mercancías, por no encontrar fundadas las excepciones propuestas por la Compañía de seguros, la de prescripción de las acciones e incumplimiento de la garantía, de acuerdo con la siguiente interpretación:

- En lo que respecta a la excepción de la prescripción, como figura jurídica contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio, el Tribunal observa que no cabe su aplicación en el caso *sub examine*, teniendo en cuenta que la demanda se presentó en oportunidad dentro del término 2 años, tiempo en el cual no alcanza a prescribir la acción incoada, toda vez que el accidente acaeció el 25 de mayo de 1991, y la demanda presentada el 13 de mayo de 1993, que en concordancia con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, con la presentación de la demanda, se interrumpe el término de prescripción, si el demandante logra notificar al demandado dentro del término de un año, situación que de no presentarse, se entenderá interrumpido el término con la fecha de notificación.

Para el caso que nos ocupa, se notificó al accionado a los 29 días hábiles siguientes a la admisión de la demanda, interrumpiéndose así el término de prescripción con la presentación de la demanda, y lograr evadir la consecuencia jurídica de la aplicación del fenómeno prescriptivo.

- En lo pertinente a la excepción de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del tomador, el *ad-quem* hace un análisis exhaustivo de las certificaciones aportadas por ambas partes, donde en una se trata de enrostrar el incumplimiento de los límites de carga, y en la otra, el cumplimiento estricto de la normatividad atinente a los máximos permitidos de peso de la mercancía, de acuerdo con las especificaciones y condiciones del vehículo transportador.

De dicho análisis de fondo, el juzgador advierte que no se transgredió la cláusula de garantía renombrada, pues no se acreditó exceso de peso o violación a las disposiciones de tránsito respecto del mismo.

Llega a esa conclusión el Tribunal, al darle más fuerza y contundencia probatoria al documento allegado por el demandante, es decir, al certificado del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, con el cual se logra demostrar que para el día del accidente, se transportaban 37 toneladas, con una tara de 14.6 toneladas, que daba como resultado aproximado un peso total de 51.5 toneladas, resultado que viene siendo inferior a 52.000 kilos o 52 toneladas, peso máximo que de acuerdo al aludido certificado, era permitido para la características del tracto camión.

Finalmente se condena a CONDOR S.A. al pago del valor de la mercancía, o sea \$ 42.343.898, más los intereses de mora desde la fecha en que se objetó la reclamación, por un valor de \$ 111.946.039, por considerar que desde esa fecha, se dio cumplimiento al artículo 1077 del Código de Comercio, es decir, se acreditó la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, siendo desde ese momento el instante en donde se empieza el computo de los intereses moratorios, calculados hasta la fecha del fallo, arrojando dicha cuantía como monto final a indemnizar.

RECURSO DE CASACIÓN

En la demanda de casación, se formularon cuatro cargos que atacan la decisión del Tribunal así:

1. Incongruencia en la sentencia del tribunal por ser extrapetita en relación con los argumentos expuestos por el demandante en el recurso de apelación, al este solo solicitar o la prejudicialidad del proceso que en su momento formuló la aseguradora del generador de la carga que pagó a éste la indemnización, y demando al transportador en ejercicio del derecho de subrogación, o recoger la prueba tendiente a establecer el incumplimiento del contrato de seguro, teniendo en cuenta la condena impuesta a la empresa transportadora, donde se obligó únicamente a ésta al pago del valor de la mercancía, es decir, de \$ 42.343.898, sin contemplarse como sanción, el monto a título de intereses de mora que se ordenó cancelar en la sentencia de segundo grado.
2. Aplicación indebida del artículo 1077 y 1080 del Código de Comercio, y falta de aplicación del los artículos 1044, 1048, 1049, 1050 y 1061 del mismo Estatuto, por errores de hecho, al dar por demostrado el Tribunal que le camión tenía la capacidad de transportar 37 toneladas de carga, y que por ello no existía sobrepeso; dar por demostrado sin estarlo, que el vehículo transportador tenía las características necesarias para cumplir con la normativa y regulaciones de tránsito para tener capacidad de cargue de 37 toneladas; y no tener por demostrado, estándolo, que el tracto-camión solo tenía capacidad para portear 30 toneladas, y que a consecuencia de ello al momento de la ocurrencia del siniestro, el vehículo se encontraba con exceso de peso.
3. Violación directa y falta de aplicación de los artículos 1062, 1082, 1083, 1096 y 1097 del Código de Comercio, e indebida aplicación de los artículos 1077 y 1080 del mismo Código, pues considera el demandante que con la condena impuesta por el Tribunal, se vulneró el principio indemnizatorio reinante y aplicable por antonomasia en los seguros de daños, toda vez que, argumenta la Compañía de seguros, el demandante no sufrió ningún perjuicio que dé lugar a la indemnización reconocida en su favor, pues en el proceso que se surtió de manera precedente, donde se destrabó la litis de la Compañía de seguros subrogada y la empresa transportadora, no se reconocieron los valores condenados en la sentencia recurrida, haciendo énfasis en que quien paga una indemnización, se subroga por ministerio de la ley hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado.

En esta misma causal, se sustenta la inaplicación del artículo 1061 de Estatuto Mercantil, que preceptúa la garantía en el contrato de seguro y su con secuencia jurídica por su incumplimiento, pues según apreciaciones del censor, en la sentencia no se discutió esta norma, siendo el fundamento principal de las excepciones propuestas por la defensa, obviando el ostensible incumplimiento de la garantía.

4. Violación de manera indirecta y aplicación indebida de los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, a causa de error manifiesto de hecho en el que incurrió el sentenciador en la apreciación de las pruebas, al dar por demostrado que el 5 de diciembre de 1991, fue la fecha en la cual se dio cumplimiento a la obligación del asegurado de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro, permitiendo que desde ese instante se hiciera el cómputo de los intereses moratorios a título de sanción por el incumplimiento de la obligación derivada del contrato de seguro, toda vez que en tal fecha se esgrimieron los argumentos y causas para objetar la reclamación, siendo dicha fecha y la fecha de formalización de la reclamación, hechos distintos, máxime cuando ni en la demanda ni en su contestación, se discutió o probó el instante en que se cumplió el varias veces citado artículo 1077.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer Cargo

Para el primer cargo formulado por el recurrente, la Corte no entra a pronunciarse de fondo sobre la materia, al rechazarlo por asuntos meramente formales y técnicos, por no ajustarse a la técnica de casación promulgada, manifestando que la vía escogida para censurar la sentencia respecto a este cargo fue la incorrecta, toda vez que el vicio que se pretende aducir no va aparejado de los argumentos que fundan la segunda causal de casación incoada, pues en ella no se pretende atacar los excesos de atribuciones del sentenciador, delimitados por el *petitum* de la demanda.

Segundo Cargo

A mi manera de ver, las consideraciones que la Corte hace sobre este cargo, son el pilar que dan soporte al sentido del fallo, pues no solo responden en problema jurídico planteado, sino que es la parte de la sentencia que constituye precedente.

En efecto, el máximo tribunal hace un análisis detallado de la cláusula de garantía incluida en el contrato de seguro, en donde encuentra varios reparos a la interpretación dada por el demandado, según el tenor literal en la que fue extendida. En ese sentido, la cláusula *sub examine* dice:

“La presente póliza se expide en virtud a la garantía que da el tomador, de que reporta la totalidad de las movilizaciones, y que para suministrar la información de los bienes transportados, facilitará a la Compañía copia de la carta de porte...”

Igualmente se deja constancia que la Compañía se podrá subrogar contra el tomador, en aquellos casos donde exista descuido o negligencia en el transporte de la carga por parte del conductor y/o sus ayudantes, exceso de peso del vehículo transportador o violación de las normas de tránsito vigentes.

El incumplimiento de la anterior garantía, dará lugar a las sanciones establecidas en el artículo 1061 del Código de Comercio”.

De la anterior estipulación, la Corte infiere que si bien en el primer inciso pareciere que estamos en presencia de una auténtica cláusula de garantía, no puede predicarse lo mismo del segundo inciso, pues su redacción y naturaleza difieren del primero.

Por ello, se retoma a la intención del artículo 1061 contentivo de la normatividad reguladora de las garantías en el contrato de seguro, aduciéndose que éste es claro al prever que la garantía debe pactarse y extenderse de tal forma que indique la intención inequívoca de otorgarse, es decir, que no se generen dudas de su texto y redacción.

En ese orden de ideas, el segundo inciso no va acorde con esta la disposición, pues no contempla en sí misma la consecuencia jurídica dictada en la norma, sino que se le da una connotación diferente, planteando como infracción a lo allí anotado, la posibilidad de subrogación de la aseguradora, y no la anulabilidad o terminación del contrato según el caso. Es decir, de existir exceso de peso en la carga transportada o violación a las normas de tránsito, la aseguradora, según lo pactado, pagará el siniestro al dueño de la mercancía, y tendrá la facultad de subrogarse en contra del tomador de la póliza, en este caso el transportador, mas no la potestad de dar por terminado el contrato de seguro.

Visto lo anterior, es claro que la aseguradora pretendía aplicar la consecuencia del artículo 1061 en mención, siendo que la cláusula en su inciso segundo, concibe una sanción totalmente apuesta, infringiéndose así el cometido de la norma, encaminado a que la garantía sea extendida “con la intención inequívoca de otorgarse”.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Tercer Cargo

Vuele a resaltarse una deficiencia técnica en el cargo, como aconteció con el primero, reseñándose que este debió denunciarse por la vía indirecta, y no por la directa que hace alusión a la causal primera de casación.

Además de lo anterior, señala que, en gracia de discusión, si los argumentos del censor iban dirigidos a probar que el demandante no sufrió perjuicio alguno, este ha debido encaminar la fuerza probatoria a demostrar tal hecho, siendo que esto en ninguna parte

fue vislumbrado, *contrario sensu* a lo que el Tribunal sí evidenció, al darse por demostrado por la parte demandante, el perjuicio sufrido a causa del no pago de la indemnización.

Cuarto Cargo

Para este cargo la Corte encuentra 2 situaciones que hacen no próspero el cargo a saber:

- a. Error en la formulación del cargo pues este se propuso alegando error de hecho, siendo que lo correcto sería haberse alegado un ostensible error de derecho por aplicación indebida del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.
- b. El error de hecho, tal y como se planteó en sede de casación, tiene un tratamiento particular, en cuanto este debe ser ostensible o manifiesto, que logre trancar la valoración e interpretación del sentenciador de seguro grado, logrando que esta no sea razonable ni objetivamente la correcta. En ese orden de ideas se señala que si bien la apreciación e interpretación del Tribunal sobre los argumentos expuestos en el presente cargo no son los únicos válidos o tangibles, tampoco se demostró que estos carecieran de razonabilidad, vigor y eficacia.

DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

CRITICA PERSONAL

La sentencia toca un punto esencial respecto a la forma en cómo deben redactarse y pactarse las cláusulas de garantía en el contrato de seguro, si se quiere que ellas produzcan los efectos deseados por la Compañía aseguradora y avalados por el normatividad mercantil, de cara a limitar el riesgo e imponerle ciertos deberes al tomador o asegurado de la póliza, para que este contribuya a morigerar su materialización.

Considero que el diferendo que culminó ventilado en la Jurisdicción Ordinaria, fue desarrollado en su integridad por el alto Tribunal, sentando precedente sobre la ineficacia de las garantías que son extendidas sin el pleno de los requisitos exigidos en el artículo 1061, como acontece en el caso que nos ocupa, donde la cláusula confiere una consecuencia diversa a la que por ley se atribuye a las garantías, mutando su estatus, y por ende, su aplicación y efectos a la luz del contrato de seguro.

III. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Noviembre 8 de 2005

Referencia – 00304

Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno

Recurso de Casación interpuesto por la parte demandante contra sentencia de 1 de abril de 2003 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en proceso ordinario promovido por Carlos Montoya Guzmán contra La Ganadera Compañía de Seguros S.A., “Ganaseguros”

HECHOS

1. El 14 de mayo de 1998, el vehículo asegurado fue hurtado en el Municipio de El Santuario, Antioquia, circunstancia que fue informada de manera oportuna a la Compañía Aseguradora, con su posterior reclamación formal.
2. Como anexo del contrato, se suscribió como garantía del riesgo amparado, la instalación al vehículo de un dispositivo de seguridad denominado “El Cazador”, dentro de los 15 días siguientes contados a partir de la fecha de expedición del referido anexo, so pena de quedar el riesgo sin cobertura por el amparo de hurto.
3. Como consecuencia de lo enunciado en el numeral precedente, la entidad Aseguradora objetó la reclamación, argumentando que el asegurado incumplió la garantía pactada en el contrato de seguro, y que a consecuencia de ello, ella no era responsable del pago de la indemnización, por haber quedado viciado de nulidad.
4. El asegurado, en desacuerdo con la decisión optada por la Compañía Aseguradora, inicia proceso ordinario, en donde pretende que se declare a la Compañía de Seguros responsable del pago de la indemnización por haber ocurrido siniestro de pérdida total por hurto del vehículo de su propiedad. Evento amparado por póliza de automóviles por él contratada, afectando la cobertura de pérdida total por hurto y hurto calificado.
5. El demandante, como argumento principal, sostiene que si bien se allana a que si hubo incumplimiento de la garantía estipulada, esta, solo se pactó para pérdidas totales por hurto simple, y no para el hurto calificado, último tipo penal que fue el consumado en el caso sub examine.
6. La parte demandante, reitera su posición plasmada en la carta de objeción, proponiendo como excepción principal, el incumplimiento de la garantía pactada en el contrato de seguro, así como inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

PROBLEMA JURÍDICO

Se encuentran dos problemas jurídicos en la sentencia, uno específico que hace alusión al eje central del debate, y otro genérico que trata el tema central de la sentencia.

- Debe asumir el ente asegurador la obligación de pagar la indemnización, cuando esta ha sido incumplida por parte del asegurado, por haberse extendido la cláusula de manera genérica, refiriéndose a “hurto”, sin hacer mención a qué clase de hurto se refería, simple o calificado?
- Obligación especial y conducta del asegurado cuando se pacta una cláusula de garantía en el contrato de seguros suscrito, y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

FALLOS DE INSTANCIA

El Juez de primera instancia profirió sentencia en la que declara probada la excepción de riesgo no asumido por el incumplimiento de la cláusula de garantía, decisión que fue confirmada por el Tribunal en su integridad.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Señala el Tribunal la especialísima obligación que el asegurado asume en el evento de pactarse una cláusula de garantía en el contrato de seguro, por ser un contrato donde se exige un grado máximo de buena fe, liberando al ente asegurador de honrar su obligación de indemnización asumida en el momento de la asunción del riesgo, si dicha garantía es incumplida con posterioridad a la celebración del contrato, aclarando que en este tipo de circunstancias, no se genera nulidad del mismo, sino su terminación.

En efecto, sostiene el tribunal que no haya ajustado el argumento de la parte demandante, al señalar que la garantía solo fue contemplada para el riesgo de pérdida total por hurto simple, y no para el calificado, acogándose a las reglas de interpretación de los contratos de adhesión, argumentando que la cláusula fue extendida sin que admitiera ninguna incertidumbre sobre su aplicación en cualquiera de las dos modalidades de hurto, máxime cuando en la sección de hurto plasmada en la carátula de la póliza, se hace alusión a cobertura por “hurto simple y calificado”, siendo un solo riesgo el amparado en su integridad.

Afirma además el tribunal, en contra del argumento propuesto en la demanda sobre la carencia de consentimiento por parte del asegurado al haberse incluido la garantía en anexo posterior a la celebración del contrato, que existió una aceptación tácita del

demandante, pues una vez notificado de tal situación, este continuó pagando las primas, dando por aceptada tal modificación.

RECURSO DE CASACIÓN

Considera el demandante al optar por el recurso extraordinario de Casación, y como cargo único el de vía indirecta, el de falta de aplicación de los artículos 1162, 1080 del C. de Co. y 1624 del C.C.; indebida aplicación del artículo 1618 del C.C.; e interpretación errónea del artículo 1061 del C. de Co. como consecuencias de errores de hecho y de derecho.

En ese sentido, arguye la parte demandante que existieron errores en la apreciación de las pruebas, de los cuales se menciona los más relevantes de acuerdo al sentido del fallo:

1. Pretermitir el Tribunal dos testimonios rendidos en la etapa probatoria, en los cuales se hacía énfasis en la existencia de dos tipos de coberturas diferentes en el amparo de “hurto”, siendo dos riesgos diferentes el de hurto simple y hurto calificado, y teniendo tratamientos diferenciales.
2. Error de hecho por deducir que el asegurado al no haber leído el anexo de la póliza, acepto también el incumplimiento de la garantía, de cara a que el argumento central no es debatir si se incumplió o no la garantía, sino al alcance de la cláusula respecto del cubrimiento de las modalidades de hurto renombradas.
3. Indebida interpretación de la cláusula de garantía, por obviar el tribunal que existen tratos diferenciales para el hurto simple y el calificado, tal como se hace en la legislación penal.
4. Ambigüedad de la cláusula de garantía, por considerar que ésta no precisaba a qué tipo de riesgo de las modalidades de hurto se aplicaba.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En primer lugar la Corte, previo a entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, recuerda el precedente de presunción de acierto que revisten las sentencias del tribunal, el cual hace alusión a que para efectos de debatir la sentencia de segunda instancia, acudiendo a la causal primera de casación, es decir, falta de errores de hecho en la apreciación probatoria, estos errores deben ser de tal envergadura, que no den duda que la valoración propuesta por el censor sea la única posible.

En el mismo sentido, arguye la Corte que solo ésta podrá modificar la sentencia recurrida en casación, cuando el *ad-quem* haya incurrido en un error manifiesto, circunstancia que

no se daría cuando sobre el caso se admitan varias interpretaciones razonables y posibles.

Entrando de lleno sobre la materia, sostiene el máximo tribunal, que no afloran argumentos sólidos para destruir la sentencia del Tribunal, pues contradeciría la lógica el admitir que el dispositivo de búsqueda del vehículo, objeto de la garantía, se previó exclusivamente para cuando sobre el vehículo se consumara únicamente el hurto simple, obviando el recurrente el fin último de dicho dispositivo y de la cláusula que lo incorpora.

Reitera la Corporación lo sustentado por el sentenciador de segundo nivel, que en la póliza los riesgos fueron tratados como una unidad, y en consecuencia la interpretación de su escisión en la cláusula de garantía no tendría lógica ni sustento.

Además de lo anterior, refuta la Corte la apreciación del censor respecto de otorgar el mismo tratamiento diferencial que se le da en la legislación penal al tipo penal de hurto, y su aplicabilidad para el caso concreto, siendo estas dos disciplinas diferentes y ajenas una de la otra en lo atinente a la garantía comentada.

Finalmente se expone en la parte considerativa del fallo, que los testimonios rendidos en el proceso no alcanzan a desvirtuar lo esgrimido por el Tribunal, al ceñirse este último estrictamente a los términos literales del anexo contenido de la garantía, pues la cláusula es clara si se mira de manera integral y sistemática con la póliza, no evidenciándose así el error de derecho que pretende el demandante se declare.

DECISIÓN

Por todo lo expuesto, la Corte decide no casar la sentencia emitida por el Tribunal, y en consecuencia, no prospera el cargo único propuesto por la parte accionante.

CRÍTICA PERSONAL

Analizando de fondo la jurisprudencia, encuentro que si miramos el sentido del fallo y la forma en cómo se estructuró su análisis, podría asentir que el fallo tuvo concordancia con lo expuesto en la parte emotiva, sin embargo, le encuentro varios reparos y ciertas incongruencias con la normatividad vigente aplicada a las garantías en el contrato de seguro, que a continuación señalo:

- Leyendo la cláusula de garantía tal y como fue extendida, sin mucho esfuerzo llego a la conclusión que no es en sí misma una garantía, sino una condición de cobertura incorporada en un anexo con nombre de “garantía”.

Llego a la anterior posición, pues existen varias formas de delimitar el riesgo, en las que destaco, para efectos del presente estudio, tres:

Exclusiones: Se pactan en el contrato de seguro para no generar cobertura dentro de un amparo otorgado, delimitando así los alcances del mismo, o pudiendo pactarse como cláusulas operantes para todos los amparos de la póliza, sin entrar a detallar si es una póliza de riesgos nombrados o una todo riesgo.

Condiciones de cobertura: Cláusulas que se introducen en el contrato de seguro para que de cumplirse su cometido, se cumpla con el fin último de la póliza, es decir, pagar la indemnización. Es el caso por ejemplo, cuando en una póliza de Incapacidad Total y Permanente (ITP), se exige para entrar a analizar el siniestro, que el asegurado allegue a la Aseguradora, dictamen de pérdida de capacidad laboral de las Juntas Calificadoras Regionales o Nacional, en donde generalmente se contempla que supere el 50% de pérdida de capacidad laboral

Cláusulas de Garantía: Son usadas normalmente para exigir una conducta al tomador o asegurado para efectos de morigerar el riesgo, pero a mi manera de ver su inclusión en el contrato es más riesgosa que las exclusiones y condiciones de cobertura, pues al incumplirse, debe terminarse el contrato de seguro desde el instante de su incumplimiento, devolviendo la prima causada desde ese mismo momento.

En efecto, si analizamos de cerca la redacción de la cláusula, esta expresa “*Si vencido este plazo la garantía no se ha cumplido, automáticamente el vehículo queda sin el amparo de pérdida total o parcial por hurto*”. Como bien lo anotaba, señala el anexo, que de no llevarse a cabo la instalación del dispositivo de búsqueda, el automotor dejaría de tener cobertura para los amparos de hurto, infiriéndose que sí existiría cobertura para los demás amparos otorgados en la póliza, que serían, entre los amparos básicos generalmente otorgados en una póliza de automóviles, los de pérdida parcial y total por daños, RC extracontractual y los adicionales contratados.

En tal sentido, considero hubo desacierto en tal conclusión, toda vez que una vez incumplida la garantía, nuestro estatuto mercantil contempla únicamente la facultad de la Compañía de seguros de dar por terminado el contrato, o allanarse y continuar asumiendo el riesgo, circunstancia que acá no sucedió, dando una aplicación indebida a la consecuencia jurídica de las garantías.

Por ello, en la sentencia debía haberse realizado este estudio, en donde tomando esta posición, habría lugar a objetar el siniestro por incumplimiento de las condiciones contractuales, que impidieron la generación de cobertura, contrario sensu a la teoría adoptada por el sentenciador, tal como se indicó líneas arriba.

- Ahora, continuando con el análisis, y siguiendo la tesis optada por el alto tribunal, tomando la cláusula como se tomó, es decir, como garantía, debía haberse terminado el contrato de seguro en el momento del conocimiento del incumplimiento, y sus efectos retrotraerse al momento en que se incumplió, devolviéndose la prima en su totalidad, salvo los primeros 15 días en los cuales si hubo cobertura, por otorgarse el tiempo para su cumplimiento.

Tal situación también se obvió en los argumentos de la sentencia, lo que cambió en su totalidad el sentido de la sentencia, pues si el ente asegurador no dio por terminado el vínculo contractual, se allanó tácitamente a dicho incumplimiento, no existiendo así motivo para excusar la responsabilidad del pago de la indemnización por pérdida total por hurto.

- Adicional a lo anterior, resalto también el hecho que confirma lo expuesto, en el sentido que unas de las excepciones de la parte demandante fue la nulidad relativa del contrato por incumplimiento de la garantía, cuando esta consecuencia solo se aplica para las garantías que se pactan y se agotan al momento de la celebración del contrato, conocidas como garantías de afirmativas según la doctrina, que únicamente exigen la afirmación o negación de una situación de hecho.

La consecuencia de estas garantías como lo sostiene la doctrina, es reiterativa, en el sentido que tienen la misma sanción que es provista por otra figura del contrato de seguro, y en la misma circunstancia, figura consagrada en el artículo 1058 del Código de Comercio como reticencia e inexactitud de la información, la cual tiene el mismo tratamiento y resultado, el cual predica que una vez conocido el hecho que infringe la norma, vicia de nulidad relativa el acuerdo contractual.

En el caso sub examine, este hecho no se tuvo en cuenta, pero si se evidenció, pues el Tribunal en su parte motiva relata que el efecto de infringir la garantía, no es como señala el demandante, la nulidad del contrato, sino su terminación, aunque de nuevo se obvia aclarar que no es una terminación automática como cuando se incurre en mora en el pago de la prima, sino una revocación facultativa del ente asegurador, al tenor del artículo 1061 del estatuto renombrado, y lo más importante, identificado y corregido el yerro del demandante, no se da el tratamiento que de ello se desprende.

- Finalmente, considero que también se cometió un yerro por parte del *ad-quem*, y por la Alta Corte al no pronunciarse al respecto, cuando aquél sostuvo que existió aceptación tácita de la garantía por parte del asegurado al recibir el anexo contentivo de la garantía por medio de correo electrónico, y continuó pagando las primas sin haberla refutado, pues tal apreciación riñe con el postulado actual de la formalidad en las cláusulas de garantía, sostenida por el profesor Hernán Fabio López Blanco¹, con

¹ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Comentarios al Contrato de Seguro, Quinta Edición*, Bogotá, Ed. Dupre Editores, 2010, pág. 64 y 65

el cual concuerdo, el cual predica que estas, tal y como están preceptuadas en el artículo 1061 de C. de Co. no deja duda de su formalismo, al establecerse lo siguiente:

“...respecto de la misma obra la solemnidad y no podrá una aseguradora aseverar que existió el otorgamiento de una garantía sin que la misma conste en el documento escrito denominado póliza o en un escrito anexo a ella, de ahí que no sea admisible otro medio de prueba, ni siquiera el de confesión del tomador porque no es eficaz el pacto sin la observancia del referido requisito.

Las razones para justificar la aseveración son varias: Una, de contenido legal, atinente a que la norma exige que la garantía conste en la póliza, lo que implica que debe obrar por escrito pues la misma siempre será un documento escrito; como la póliza no se ha eliminado dentro del campo del contrato de seguro, por el contrario, el asegurador sigue con la obligación de expedirla y entregarla y es en ella donde en principio, debe obrar la garantía, no se puede acudir a otro medio de prueba pues, lo reitero, la solemnidad no ha sido eliminada del especial negocio jurídico que constituye el otorgamiento de ésta, dado que la consensualidad se predica es de la celebración del contrato de seguro, no de las garantías, campo que fue ajeno a la reforma de 1997.

Lo anterior en ese entendido, es confirmado por el artículo mencionado, el cual reza:

DEFINICIÓN Y EFECTOS DE LA GARANTÍA

ART. 1061. Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

***La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella.** Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla. La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción. (Negrilla ajena al texto)*

Tal y como se puede apreciar en el artículo precedente, se consagra una exigencia particular para la validez de la garantía, y es que esta debe ser extendida por escrito y debe constar en la póliza o en sus anexos, propugnando por la formalidad, y contemplando una excepción a la consensualidad del contrato de seguro.

En efecto, dotada esta promesa de formalidad, deben aplicarse entonces las reglas que regulan este tipo de figura, lo que conlleva a que no pueda predicarse una aceptación tácita, sino que esta debe ser consentida expresamente, suscrita por ambas partes, y dejando de manifiesto, su consentimiento vertido en el documento que las contempla.

En conclusión, considero que los argumentos plasmados en el fallo así como su consecuente decisión, no fueron congruentes con la normativa consagrada en el Estatuto Mercantil sobre la materia que nos ocupa, toda vez que el fallo debió

contemplar todas las aristas expuestas con anterioridad, tomando la cláusula o como una garantía o como una condición de cobertura, pero acatando la consecuencia jurídica que ostenta cada una de ellas.

IV. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Junio 24 de 2009

Referencia – 01098-01

Magistrado Ponente: William Namén Vargas

Recurso de casación interpuesto por SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. frente a la sentencia del 29 de junio de 2007 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en proceso ordinario entre la Compañía AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., contra TRANSPORTES SAN MARCOS LTDA.

HECHOS

1. Expocafé, generador y dueño de la carga, celebra contrato de transporte con Transportes San Marcos Ltda, para el envío de mil sacos de café en trayecto que de Pocañuela, Ibagué, conduce a Buenaventura, en tres camiones escoltados por una motocicleta y una camioneta de la empresa de vigilancia contratada por la exportadora, 3 escoltas que portaban entre ellos 2 pistolas con capacidad de 6 tiros, y 6 municiones de reserva cada uno.
2. Durante el trayecto mencionado, uno de los camiones presentó averías, lo cual causó retrasó y la disgregación del grupo, junto con que el camión más moderno y liviano, se adelantó, según autorización de la empresa transportadora, por el cerramiento del túnel de esa vía, provocando la separación de la caravana.
3. Durante el recorrido, los 2 camiones que iban retrasados, fueron interceptados por delincuentes que se movilizan en varias motos y en una camioneta, portadores de varias ametralladoras y sub-ametralladoras, los cuales hurtaron la totalidad de la mercancía movilizada, inmovilizando las medidas de seguridad adoptadas para el transporte.
4. Conocido el hecho, y presentada la reclamación, la aseguradora decide objétalo, teniendo en cuenta que hubo incumplimiento de la garantía pactada en el contrato de seguro, la cual establecía la obligatoriedad de que el transporte de la mercancía por parte de los vehículos, debía realizarse en caravana, situación que no se presentó en el presente caso, pues uno de los camiones decidió adelantarse de los otros dos en compañía de un escolta, disgregando el grupo, y facilitando el hurto de las mercancías.
5. La Compañía de Seguros del generador de la carga, previa comprobación de la cobertura, paga el siniestro al generador de la carga, y repite contra el responsable del siniestro en ejercicio de acción subrogatoria, es decir, contra la empresa transportadora, por considerar que incumplió su obligación objetiva derivada del

contrato de transporte, referente al transporte de las mercancías sanas y salvas desde el punto indicado, hasta el puerto de Buenaventura.

6. Notificada de la demanda a la empresa transportadora, esta se opone a la totalidad de las pretensiones, excepcionando la inoperancia de la subrogación, fuerza mayor, caso fortuito y causa extraña, toda vez que se tomaron todas las medidas necesarias de seguridad para transportar las mercancías, y que por circunstancias exógenas a la voluntad del transportador, irresistibles e imprevisibles, fueron hurtadas las mercancías.

PROBLEMA JURÍDICO

La sentencia sujeta a análisis, y los hechos que la fundamentan, envuelve en sentido específico un incumplimiento de una garantía, sin embargo, tanto en su parte motiva, como en el sentido del fallo, no se enfocan en la garantía misma, su regulación o consecuencias jurídicas, sino que ella, se circunscribe a reseñar las circunstancias en que es factible alegar causa extraña por parte del transportador, en virtud de la celebración de un contrato de transporte. Por lo anterior, el problema jurídico radicará no en el tema bajo estudio, pues como mencioné este es tocado superficialmente, sino sobre los argumentos realmente desarrollados en el fallo.

Encuentro los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Solo la culpa grave del transportador en la ejecución de su ejercicio profesional, produce la imposibilidad de alegar causa extraña, caso fortuito o fuerza mayor?
2. ¿Puede alegarse causa extraña cuando ha mediado culpa en la ejecución del transporte de mercancías, siempre que esta no haya sido la causa o consecuencia directa del incumplimiento del contrato de transporte?

FALLOS DE INSTANCIA

Agotadas las etapas procesales, el juzgado del conocimiento dictó sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, siendo confirmada por el *ad quem*.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal en su fallo, encuentra probados la existencia del contrato de transporte, la póliza de seguro y el correspondiente amparo de hurto, la ocurrencia del siniestro y el pago de la aseguradora por la sustracción de las mercancías.

Sobre las circunstancias de fondo de la litis, el Tribunal desestima las pretensiones de la demanda, sosteniendo que medió una causa extraña que impidió el cumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada, rompiéndose el nexo causal, toda vez que no obstante todas las medidas de seguridad adoptadas por la dueña de la carga y la transportadora, quedo en evidencia el acaecimiento de un hecho imprevisto e imposible de resistir, por la presencia de varios sujetos armados y la reducción a impotencia de los escoltas, los cuales nada pudieron hacer ante tal acontecimiento de fuerza mayor.

Arguye también el sentenciador, que las irregularidades derivadas del adelantamiento del camión propiciado por averías de un vehículo y por actitud de los conductores, no fueron las causas que dieron origen al siniestro, reiterando la imposibilidad de imputar a la transportadora el incumplimiento del contrato, a quien debe exonerarse de responsabilidad por concurrencia de causa extraña que impidió cumplir lo acordado.

RECURSO DE CASACIÓN

Dos cargos son formulados en contra de la sentencia proferida por el tribunal por la primera causal de casación prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Primer Cargo

En este cargo, el censor considera que existió una errónea apreciación de las pruebas por parte del *ad quem*, por hacer caso omiso a que el fraccionamiento de la caravana constituye una culpa atribuible al transportador, circunstancia que hace inoperante la causa extraña.

Considera el recurrente que en sede de casación no se pretende atacar la irresistibilidad e imprevisibilidad del atraco, sino la mediación de culpa en el actuar del demandado, que impide la configuración de la causa extraña. Culpa que consiste en la disgregación de la caravana, que al no haberse separado, habría dificultado la acción de los delincuentes, incidiendo directamente en la ocurrencia del siniestro, aflorándose una culpa grave y manifiesta del transportador.

Segundo Cargo

El casacionista encuentra reparos en la interpretación que el Tribunal le atribuye a la culpa y sus consecuencias en la configuración de la causa extraña, pues éste, argumenta en su decisión, que la culpa no fue la causa o consecuencia directa del acaecimiento del siniestro, mientras que el censor se ocupa de controvertir tal apreciación, sosteniendo que la culpa que se opone a la fuerza mayor es la culpa relevante o con incidencia de culpa, sin que de ninguna manera tenga que ser *“la causa de, o causa exclusiva o causa eficiente del hecho que impide el cumplimiento”*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer Cargo

Parte la Corte refiriéndose al contrato de transporte, precisando sobre las obligaciones que adquiere en particular el transportador, donde se refiere a que éste no solo tiene a su cargo una obligación de resultado, sino que es cualificada en el sentido que también lo garantiza, contrayendo la responsabilidad por los riesgos de lesión, pérdida, destrucción o deterior, en razón de su actividad, exigibles a un operador mercantil profesional, lo que desprende un comportamiento idóneo y necesario para garantizar la efectiva consecución de la finalidad contratada.

Sin embargo se resalta que con todo lo anterior, el transportador podrá exonerarse total o parcialmente de su responsabilidad de inejecución, si se logra demostrar que la causa del daño le fue extraña o que se debió a vicios propios inherentes a la cosa transportada, mediando en los dos casos la diligencia del transportador de haber adoptado todas las medidas necesarias y razonables que hubiera tomado un transportador según las exigencias de la profesión, para evitar el perjuicio o su agravación, conduciendo esto a un inexorable rompimiento del nexo causal, y por ende a una ausencia de autoría en la concurrencia del siniestro.

Pasa la Corte entonces a extraer de jurisprudencias antecesoras y contemporáneas, lo concerniente a los requisitos que deben cumplirse para poder acogerse a la figura de causa extraña, donde además del hecho exclusivo de la víctima y de un tercero, se encuentra el caso fortuito y la fuerza mayor.

Así las cosas, encuentra que en primer lugar debe estar presente la imprevisibilidad del acontecimiento, es decir, la imposibilidad de prever y anticipar las circunstancias específicas de su ocurrencia, de acuerdo a las reglas de la experiencia, al corriente y diario vivir, su frecuencia y probabilidad dentro del marco de los hechos que sustentan el diferendo, en virtud de la profesión de transportador, caracterizados por ser estos excepcionales y sorprendidos.

En segundo lugar la irresistibilidad que atañe a la imposibilidad objetiva de evitar el suceso y sus consecuencias, es decir, eludir los efectos del suceso, contenerlos, controlarlos o superarlos, que situando a cualquier persona en tan situación, indefectiblemente se verá sometido a los mismos efectos nocivos.

Finalmente, en tercer lugar, aflora el requisito de que el hecho debe obedecer a una causa extraordinaria, ajena al agente, a su persona o a su industria, que indica la imposibilidad de concurrencia de la culpa del demandado con el acaecimiento del evento dañoso, emergiendo entonces el concepto de ausencia de culpa como tercer requisito para la configuración de la causa extraña.

En ese orden de ideas para que el transportador pueda acogerse a este criterio eximente de responsabilidad, debe haber adoptado todas las medidas razonables de un acarreador profesional para evitar el daño o su agravación, además que la causación del ilícito no haya sido atribuible ya por acción, ya por omisión, al demandado, pues de ser así, el suceso ya no sería propiamente extraño, sino estaríamos en el campo de la responsabilidad profesional.

Todo lo expuesto considera la Corte, debe ser ponderado en cada caso en particular por el sentenciador antes de proferir fallo, teniendo en cuenta por obvias razones la actividad peligrosa que desarrolla un transportador, las medidas tomadas por él para evitar posibles daños o menoscabos, su conocimiento, experiencia, desarrollos tecnológicos, y en fin cualquier circunstancia relevante para dilucidar la controversia.

Volviendo a los hechos particulares que ocasionaron el siniestro, manifiesta el alto tribunal que disiente de las afirmaciones hechas por la parte demandante, concernientes a que el suceso del adelantamiento de una de las tractomulas es causa incidente en el acaecimiento del atraco, al menguar los elementos destinados a la protección de la carga, pues considera que los relatos y testimonios rendidos durante la etapa probatoria, denotan lo envolvente y fatal del ilícito, pues a todas luces los asaltantes superaban en número y elementos a los escoltas de seguridad de la carga, coligiendo que la presencia del vehículo adelantado y su correspondiente escolta, no habrían hecho diferencia en la producción del resultado, pues de igual forma no hubiesen podido evitarlo o repelerlo.

Además, el sentenciador sostiene el cumplimiento de todas las condiciones y garantías que la póliza exigía para la movilización de la carga, pues transitaban por una vía principal de doble calzada, en el horario solar, durante un día laboral, existía acompañamiento vehicular de escoltas armados, hubo desplazamiento en caravana y monitoreo constante durante todo el trayecto con la central, quien fue la encargada de autorizar el abandono del tercer camión junto con su escolta, por la inminencia de cierre del túnel.

Por todo lo expuesto, considera la Corte Suprema de Justicia que el Tribunal Superior no erró en las interpretaciones plasmadas en su fallo, y que por el contrario los argumentos esgrimidos en su sentencia, están dotados de razonabilidad, no prosperando el cargo.

Segundo Cargo

Sobre este cargo la Corte no se pronuncia de fondo al respecto, simplemente concurriendo con la afirmación del Tribunal, respecto a que las irregularidades del adelantamiento del vehículo y el consecuente fraccionamiento del convoy, por la lentitud de las dos tractomulas por fallas mecánicas y actitud del los conductores, no fueron en realidad la causa de la producción de los hechos delictivos, y que por ende estos carecieron de la contundencia necesaria para derribar la fuerza mayor excepcionada,

claro está, en paralelo con las previsiones tomadas tanto por el transportador, como por el dueño de la mercancía a la hora de ejecutar la movilización de la carga.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia no casa la sentencia proferida por el tribuna Superior de Bucaramanga, en el proceso referido líneas arriba.

CRÍTICA PERSONAL

Sin bien como lo mencioné al momento de desarrollar el problema jurídico de la sentencia, el fallo no se ocupa de analizar de fondo el incumplimiento de la garantía, y las consecuencias que acarrearán su incumplimiento, con acuerdo con el fallo en su totalidad, pues considero que sienta un precedente importante no en relación con temas atinentes al contrato de seguro, sino con aspectos relativos al contrato de transporte.

En ese orden de ideas, la Corte desarrolla y precisa los alcances de la norma mercantil respecto a la posibilidad de excusarse de la inejecución, ejecución tardía o defectuosa del transporte de las mercancías por parte de las empresas transportistas, cuando la ocurrencia del siniestro y sus consecuencias le sean extrañas a él, como en el evento del caso fortuito o fuerza mayor, al desarrollar no solo las características para su configuración, sobre todo en lo tocante a la culpa del agente transportador y su incidencia en el evento dañoso, puntualizando en la necesaria ponderación que debe hacer el sentenciador en cada caso concreto, teniendo siempre en cuenta la obligación cualificada que tiene aquél al momento de la celebración y ejecución de un contrato de transporte, la cual está concebida en la legislación Colombiana con componentes agravados de responsabilidad que no solo radican en una clara obligación de resultado, como ocurren en muchos casos diversos al contrato de transporte, sino que debe estar inmerso un componente de garante obligacional, el cual predica garantizar el resultado en condiciones óptimas, movilizando y entregando la mercancía de manera sana y salva.

ANÁLISIS INTEGRAL DE LA GARANTÍA

En el presente capítulo se extraerá de las jurisprudencias analizadas, la posición actual del máximo Tribunal sobre el tratamiento de las garantías en los puntos tocados, en conjunto con lo sostenido por la doctrina de algunos expositores reconocidos en la materia y soportado por otros fallos judiciales o arbitrales, para finalmente dar un criterio personal del su tratamiento, en complemento de la crítica personal realizada a cada fallo individual.

A mi manera de ver, son pocos los puntos que deben resaltarse sobre las garantías y el análisis hecho por la Corte en las diferentes sentencias, pues éstas particularmente no es desarrollado íntegramente su regulación normativa y tratamiento, el cual es complejo y no siempre unánime en la doctrina y jurisprudencia.

Destaco en ese orden de ideas, lo acertado por la Corte al sentar un importante precedente sobre la forma y lenguaje en cómo debe extenderse este tipo de cláusulas, al manifestar ciertamente que deben expresarse en forma tal que no quepan dudas de su otorgamiento, es decir, como dice la norma, “que indique la intención inequívoca de otorgarse”. Es así como en la sentencia analizada del 19 de Noviembre de 2001, se precisa, “...puede expresarse en cualquier forma que indique el propósito manifiesto, amén de fidedigno de otorgarla, vale decir, que debe pactarse de tal manera que, según lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ‘no admita duda’ ni se preste a equívocos...”

En el mismo sentido sostiene el profesor y reconocido doctrinario, Efrén Ossa², “No requiere fórmulas sacramentales. Ni siquiera la mención expresa de su nombre. Puede expresarse, como reza la ley, ‘en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla’. Lo que indica que debe estar concebida en términos claros que no susciten duda acerca de su contenido y alcance, ni den origen a interpretaciones ambiguas. Si está inserta en la misma proposición de seguro o declaración de asegurabilidad, debe aparecer debidamente desglosada del respectivo cuestionario que, como tal, está sujeto a otro régimen, más flexible”.

Así las cosas, no queda duda sobre este aspecto, en donde encontramos varias fuentes del derecho que establecen la forma en cómo deben insertarse y redactarse en el contrato de seguro, y la correspondiente sanción de no hacerse conforme a ello.

Básicamente este es el punto más importante y sobresaliente de las sentencias estudiadas, pues las otras la mencionan de manera superficial, o van ligadas a otros aspectos contractuales que difieren de su regulación, como es el caso de las cláusulas abusivas o vejatorias insertas en el cuerpo de la cláusula, donde la consecuencia tiene

² J EFRÉN, Ossa Gómez, *Teoría General del Seguro –El Contrato-*, Bogotá, Ed. TEMIS S.A., 1984, pag. 321

igual tratamiento que si se pactase en cualquier otra disposición contractual que no sea en sí misma una garantía, tal y como se analizó y explicó ampliamente en las consideraciones personales de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 02 de febrero de 2001, la cual no es otra que no deben entenderse por escritas o pactadas.

Ahora, para un mejor entendimiento de la garantía y su regulación legal y jurisprudencial, en mi humilde apreciación es necesario traer a colación las características de la garantía en el contrato de seguro, de cara a complementar su regulación legal y jurisprudencial no discutida en los fallos analizados, y detenerse en las que considero más importantes por presentarse discusiones al respecto.

Considera el profesor Hernán Fabio López Blanco³, que las características de la garantía a la luz de la jurisprudencia, la doctrina, y el legislador, son las siguientes: 1) Debe constar por escrito; 2) Puede expresarse en cualquier forma que indique el propósito manifiesto, amén de fidedigno de otorgarla; 3) Puede ser sustancial o insustancial respecto del riesgo asegurado; 4) Sea o no sustancial al riesgo, debe tener o guardar alguna relación con el riesgo; 5) Por último, debe cumplirse estrictamente.

A su turno el profesor J. Efrén Ossa Gómez⁴ destaca como características de la garantía: 1) La garantía supone una declaración del tomador que debe entenderse determinante del consentimiento del asegurador, o una obligación o carga que contrae el tomador o asegurado en virtud del contrato; 2) Debe tener relación con el riesgo asegurado; 3) Debe constar por escrito; 4) Debe cumplirse estrictamente.

La garantía entonces, tiene unas características comunes para la doctrina como se sintetizó anteriormente, donde se destaca en cada una lo siguiente:

- Formalidad de la garantía.

Este elemento ya fue tratado en detalle en líneas anteriores referente a la solemnidad de las garantías, en el acápite de crítica personal a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de noviembre 8 de 2005, expediente 00304, por ende a ellas me remito.

³ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Comentarios al Contrato de Seguro, Quinta Edición*, Bogotá, Ed. Dupre Editores, 2010, pág. 176 a 178.

⁴ J EFRÉN, Ossa Gómez, *Teoría General del Seguro –El Contrato–*, Bogotá, Ed. TEMIS S.A., 1984, pag. 319 a 322.

Sin embargo, a manera de complemento, preciso lo anotado en el laudo arbitral proferido el 5 de diciembre de 2008⁵, que soporta la tesis de la solemnidad de la garantía, a saber:

“ ... Por esa razón la garantía y los efectos que de ella se derivan tan sólo nacen a la vida jurídica cuando menos a partir de la expedición de la póliza pues allí deben constar, como también pueden surgir por acuerdos posteriores instrumentados en anexos de la póliza aceptados por el tomador o asegurado; en suma, continua siendo un negocio jurídico que requiere para su existencia, la solemnidad de la escritura (...) Es en ella o en sus anexos donde debe constar por escrito la garantía, no se puede acudir a otro tipo de prueba pues la solemnidad no ha sido eliminada del especial negocio jurídico que constituye el otorgamiento de la garantía dado que la consensualidad se predica es de la celebración del contrato de seguro, no de las garantías, campo que fue ajeno a la reforma de 1997”.

- La garantía y su relación sustancial o no al riesgo asegurado.

A este requisito se refiere muy acertada y concretamente un fallo arbitral⁶ reciente, del cual vale la pena extraer lo siguiente, a manera de entender su alcance:

“No es dudoso, pues, que la garantía debe tener alguna relación, no necesariamente sustancial, con el riesgo asegurado y cumplirse estrictamente, tal como de manera expresa lo cualifica la ley, en la forma acordada por las partes del contrato de seguro, so pena de que operen las sanciones que acaban de mencionarse. La jurisprudencia y la doctrina que han sido unánimes en cuanto al alcance de las garantías y las consecuencias de su incumplimiento, a tal efecto vale la pena citar a la Corte Suprema de Justicia y algunos tratadistas nacionales, a saber:

‘El profesor J. Efrén Ossa Gómez destaca: B. La garantía debe tener relación con el riesgo asegurado. La doctrina ha dicho que el rasgo característico de la garantía, como condición del contrato, que la distingue de otras condiciones, es que ella dice relación al riesgo. Así, en el seguro de incendio, la que impone al asegurado de no mantener sustancias inflamables en la instalación asegurada, encuentra fundamento en que aquellas son causa potencial del siniestro. De no existir esa relación, por remota que sea, la institución de las garantías, que la ley ha concebido como instrumento de protección del asegurador y del seguro mismo, se convertiría en venero de abusos.

Esa relación debe, además, ser tal que signifique influencia positiva en el riesgo, que tienda a hacerlo así sea levemente más azaroso. En otros términos: que la infracción si

⁵ Laudo Arbitral de diciembre 5 de 2008, proceso de Avetex S.A. contra BBVA Seguros de Colombia S.A.

⁶ Laudo Arbitral de marzo 29 de 2007, proceso de Gerencia de proyectos contra Royal & Sun Alliance, árbitros Alejandro Venegas, Gabriel Pardo y Hernán Fabio López Blanco.

se produce encierre un mayor grado de probabilidad del siniestro o de los daños que de él dimanar'(...).

(...)

El Doctor De Greiff Restrepo destaca que: 'Sin embargo, del tercer inciso del artículo 1061 podría inferirse, y propongo que así sea, tanto a los jueces como a los doctrinantes, que alguna relación deberá exigirse entre las garantías y el riesgo. El inciso dice: La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente; entonces, estimo que puede sostenerse la necesidad de esa relación afirmando que la disposición lo que dice es que la garantía puede no ser sustancial del riesgo, no que no tenga relación con éste' (...).

Jorge Eduardo Narváez Bonnet pone de presente que: 'En Colombia, el inciso 3° del artículo 1061 del Código de Comercio es perentorio en que la garantía sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente, En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción.

Sin embargo, el carácter de sustancial o no de la garantía, cobra importancia al momento de la celebración del contrato, pues las cláusulas que se incorpore dentro del condicionado habrán de guardar alguna relación causal con el estado del riesgo, en función de los peligros o riesgos que se estén amparando'.

Es claro entonces, que si bien el fin último de la garantía es imponer una carga al tomador o asegurado para efectos de delimitar el riesgo, también lo es que el asegurador debe pactar la garantía con una connotación cierta de existir a lo sumo una relación menor con el riesgo asegurado, que a lo menos, si bien no se predica de él una correlación sustancial, a lo menos debe hacerlo menos gravoso, so pena de incurrir en caprichos y abuso del derecho por parte de la compañía aseguradora.

- La garantía debe tener la intención inequívoca de otorgarse.

Este aspecto ya fue tratado robustamente al inicio de este acápite, cuando resalté el importante precedente que sentó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de noviembre 19 de 2001, por lo cual me remito a ello para su explicación.

- La garantía debe cumplirse estrictamente.

Se refiere a que su cumplimiento debe ser estricto de acuerdo a su tenor textual, siempre que haya sido pactada con la intención inequívoca de otorgarse. Lo que supone tratar en esta característica la sanción por su incumplimiento. De ese modo podemos entonces establecer que su infracción genera dos consecuencias jurídicas

que afectan notoriamente el contrato de seguro, dependiendo de la clase de garantía pactada, afirmativas o de conducta. Para la primera, la anulabilidad del contrato, o en otras palabras, la nulidad relativa; para la segunda, la facultad del asegurador de dar por terminado el contrato.

Para las garantías afirmativas entonces, ya queda claro que solo se predica la anulabilidad del contrato o del acuerdo adicional, sin embargo para las garantías de conducta, existen otro tipo de connotaciones, y no solo la vaga expresión de que su infracción general la terminación del contrato.

Importante entonces señalar para terminar, que para las garantías de conducta, válgame la reiteración, en las que el asegurado se obliga a hacer o no hacer o a cumplir determinada exigencia, su no observancia genera la facultad al asegurador, de dar por terminado el contrato, ya sea antes o después de la ocurrencia del siniestro, previa comprobación de su infracción.

Subrayo la palabra “facultad”, porque este punto ha sido controvertido en la doctrina y jurisprudencia, pues la tesis minoritaria señala que solo por el hecho de su incumplimiento, el contrato termina, no de manera automática como sucede en la mora en el pago de la prima, sino que advertida por la aseguradora, esta debe proceder con su terminación. *Contrario sensu*, la tesis actual y reconocida por la jurisprudencia y doctrina, sostiene que una vez se acredite la inobservancia de la garantía por el ente asegurador, este podrá terminar o revocar el contrato de seguro, u obviar su infracción, caso en el que la garantía ya no tendría en si misma eficacia.

En ese punto cabe resaltar, que en las pólizas automáticas de transporte, suele acontecer que, ocurrido un siniestro en el vehículo transportador y reclamado ante la Compañía, esta lo objeta por advertir un incumplimiento de la cláusula de garantía, pero sin embargo, se siguen amparando otras movilizaciones con base en la misma póliza automática, y cobrándose la respectiva prima. A este tema en particular la jurisprudencia ha sostenido que, si la compañía rechazó la reclamación fundada en una inobservancia de la garantía, y siguió otorgando cobertura para otros transportes de mercancía, la Compañía se allanó a dicho incumplimiento, y por ende debe pagar la solicitud de indemnización, o de lo contrario, proceder con la terminación del contrato desde el momento de la infracción, y devolver la prima desde ese instante cancelada por el tomador o asegurado, efecto que siempre será retroactivo⁷.

⁷ Al respecto el profesor J. Efrén Ossa G. en su libro Teoría General del Seguro, destaca: Al margen de la anulabilidad o la terminación del contrato, o como consecuencia de tales sanciones, el asegurador debe devolver total o parcialmente la prima percibida. En su integridad, en el primer caso; la no devengada, vale decir, la causada desde el momento de la infracción, en el segundo. Porque su retención, a título de pena, solo está legalmente autorizada (art. 1059) para el caso específico de la rescisión a que se refiere el art.

Un ejemplo de lo anterior, es cuando se pacta una garantía solar, es decir, movilizar la mercancía en horas en las que haya luz. Pero al ser una póliza automática, pueden existir varios cargamentos transportados a diferentes horas del día, cumpliendo la obligación unos, y otros soslayándola.

Es por eso que muchas veces, resulta más gravoso el hecho de pactar una garantía, que conlleva a la devolución de la totalidad de la prima percibida por el asegurador desde el momento de su desatención, que pactarse el mismo texto, en el mismo sentido, pero en el acápite de exclusiones o declaraciones, para que su simple infracción, genere únicamente la no cobertura del siniestro reclamado, por violación de las condiciones generales o particulares de la póliza suscrita.

Explicando pues los elementos característicos que integran la garantía, considero se ha dado un barrido general sobre el tratamiento y regulación normativa de esta singular figura; su perspectiva que de ella tuvo el legislador al redactar el artículo 1061 y siguientes, acompañado de las opiniones de grandes tratadistas conocedores de la materia, en conjunto con las interpretaciones y precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y decisiones arbitrales relevantes que convocan a reconocidas autoridades en derecho de los seguros, que nos permiten ya la facultad de opinar sobre la procedencia o impertinencia de la inserción de una cláusula de garantía en cualquier producto de seguros.

1058, o para el de terminación por defecto de notificación, imputable a mala fe, de las circunstancias agravantes del riesgo, de que trata el art. 1060 en su in. 4°.

CONCLUSIONES

El presente estudio nos muestra en forma amplia el tratamiento de la inclusión de una garantía en el contrato de seguro, y sus consecuentes implicaciones para cada una de las partes que lo integran y participan en él. Es por eso que se citaron varias fuentes del derecho que la regulan y establecen sus alcances, para generar en el mercado asegurador un ambiente sano y equilibrado.

Lo anterior pone en evidencia, las diferentes opiniones, interpretaciones y decisiones que apareja la regulación del contrato de seguro en relación con las garantías, y la necesidad de que se sigan presentando estudios de fondo sobre la materia, para siempre tratar de alcanzar un equilibrio en este tipo de relaciones contractuales mercantiles, donde siempre ha imperado una desigualdad en el mercado asegurador, por ser unos de los tantos contratos llamados de adhesión, que imponen sumisión al consumidor financiero, de las condiciones contractuales pactadas por la parte dominante en el contrato, el asegurador.

Es por eso, que las últimas tendencias van dirigidas, si bien no a desnaturalizar el contrato de seguro que por antonomasia es considerado como de adhesión, en su mayoría, a morigerar un desequilibrio que hace pocos años era bastante acentuado, por la falta de garantías y legislación aplicable a la protección del usuario del sistema financiero, bursátil, y asegurador.

Como consecuencia de ello, los entes de vigilancia y control como lo es en este caso la Superintendencia Financiera, se han dedicado a que cada vez el consumidor tenga a su alcance mecanismos proteccionistas de sus derechos, frente a estas grandes Compañías nacionales y multinacionales, que frecuentemente se han visto en la obligación de modificar o hasta sustituir en su totalidad, los clausulados o condicionados de sus productos, para ir de la mano de las nuevas políticas garantistas.

En el mismo sentido, cada vez las Aseguradoras se han preocupado por diseñar políticas dirigidas en su mayoría al servicio al cliente, consientes de la realidad económica y social imperante actualmente, y su significado traducido y enfocado hacia la venta de productos y servicios que involucren beneficios que resalten ante los ojos del usuario regular, carente de conocimiento sobre la materia.

Estas políticas hacia el cliente y para el cliente, soportan la coloquial frase de “el cliente siempre tiene la razón”, en el sentido que las Compañías de Seguros en el día a día, observan como sus clientes van migrando hacia la Aseguradora que le ofrezca no solo un producto que garantice el fin último del seguro, la protección de su patrimonio en el eventual caso de la materialización del riesgo asegurado, sino enfocado a satisfacer las necesidades básicas del consumidor, que muchas veces son olvidadas por el afán

ambicioso de ascender en las ventas de productos y servicios, lo que se refleja en sus estados financieros, e interesa a los altos mandos.

Estas necesidades básicas a las que me refiero, no son otras que la atención a tiempo de sus peticiones, quejas y reclamos (PQR) para dar un ejemplo, así como una atención personalizada en las mismas condiciones que cuando el asesor comercial capturó su atención, para efectos de suscribir un negocio.

Este equilibrio al que me refiero, también va encaminado a la igualdad de tratamiento entre consumidores financiero por parte de la Compañía aseguradora, pues es notorio en el mercado, la prevalencia y priorización, al usuario con capacidad económica mayor, para suscribir una póliza con primas considerables, que represente mayores ingresos a las arcas de la aseguradora.

Todo lo anterior, para destacar que con el conocimiento así sea básico de las implicaciones de la estipulación de una cláusula, como la de garantía, en el contrato de seguro, puede mejorarse el target de una empresa, y el consecuente interés de las personas por la escogencia de una u otra Compañía de seguros.